

---

## 書 評

---

# 萬井隆令著『労働者派遣法論』 (旬報社 2017年)

大 橋 範 雄

### 1 はじめに

派遣法研究に関する単著は今日まで数冊あるが、私の著書を含め、いずれの著書もわが国派遣法のモデルとされたドイツ派遣法の理論研究かドイツ派遣法とわが国派遣法との比較法研究であるのに対し、本書はわが国派遣法研究に関する単著として唯一の著書であり、わが国派遣法研究の今日の到達点を示す著作としての意義は極めて大きい。本書の基礎となったものは五十編に及ぶ論文、意見書、判例研究等であり、正に現実に生じた派遣法をめぐる理論的・実践的課題の解決を目的として萬井隆令教授が著わされた諸論考を新たに氏の問題意識に沿って全面的に手を加えて一冊の著書として公刊されたものであり、萬井派遣法理論の到達点を示すものとして注目すべき著作である。

本書については、すでに沼田雅之教授による書評が存在するが（労旬1910号56頁以下）、沼田教授も指摘されるように本書は、実に詳細な判例・学説・厚労省見解の批判・検討が加えられており、資料的価値という点からも派遣法研究に多大な貢献をなすものといえる。

本書全体を貫く理念は、戦後わが国の労働法の原則は、フィラデルフィア宣言の「労働は商品ではない」および労基法・職安法によって規定された「中間搾取の排除」であり、そこから導き出される原則は「直用原則」であるという点にある。本書においては「直用原則」という視点から自己の事業目的遂行のために派遣労働者に指揮命令し、その労働力を使用する派遣先の使用者責任の追及という視点が貫徹している。この視点は多重派遣に際してのエンドユーザーの使用者責任の追及という点にも特徴的にみられる。なお、わが国派遣法はドイツ派遣法の影響を強く受けているとい

われているが、もちろん両国派遣法はそれぞれの国情に応じて制定・運用されているのであるからすべての点において同じであるはずもないことは言うまでもないことである。しかし、派遣法は「雇用」と「使用」の分離した派遣労働関係を承認したという点では両国ともに共通であり、そこから由来する派遣労働者の保護の必要性という点でも共通性がある。そこで、本書において氏が派遣労働関係の本質をどう理解し、「直用原則」との関係でどのように把握されているか、さらに派遣法をめぐる問題の解決に際してどのような理論的解決を試みているのか、ドイツ法理論との比較法的視点から検討し本書の意義について明らかにすることを本稿の目的とする。

## 2 本書の構成

本書は378頁に及ぶ大著であるが、全体で4章とそれほど多くはない。以下のような構成となっている

- 第1章 戦後労働法制と派遣労働者
- 第2章 間接雇用に関わる諸概念と相互の関係
- 第3章 労働者派遣と労働契約論
- 第4章 労働者派遣と不当労働行為制度

各章多少の頁数にばらつきはあるもののそれぞれのテーマにかなりの頁をさいて萬井理論を展開している。全体として氏の直用原則と派遣労働との関係についての考えが示されたものとなっている。

## 3 本書の意義と疑問点

### (1) 派遣元の使用者適格に関する見解

職安法4条7項は派遣法の要件を充たした適正な派遣は「労働者供給」には含まないとの見解に対し、氏は従来の労働者供給に関する見解では、「業者が労働契約を結んで確保している労働者を提供することも労働者供給と認識されていたのであり、その一部が労働者派遣として合法化されたとはいえ、それ以外に、国会審議において、同じ法構造の行為は違法であっ

でも、すべて職安法における労働者供給の定義から外すといった提案説明も質疑・答弁も行なわれた形跡もなく、もとより、そのようなことが定められたわけでもない」（233頁）として、違法派遣＝労働者供給との見解を示している。しかし、氏は、職安法4条7項にいう要件を充たした派遣とは何かについて言及していない。氏は、法が単に派遣元と労働者が労働契約を締結していれば派遣としての要件を充たしていると考えているとの見解なのであろうか。そもそもここでいう労働契約の存在とは何か、また法は何故に労働契約の存在を以って要件の充足としたのかについて考察する必要がある。派遣法は、労働契約の締結を形式的なものではなく、「雇用」と「使用」の分離した労働関係においては派遣労働者の保護という視点から、派遣労働者の雇主としての派遣元を労働契約上の使用者として、派遣元に対し二者間の関係における使用者と同様の使用者責任を要請したとみななければ、それまで違法として罰則付きで禁止されていた労働者供給に該当する派遣を合法化したと考えることには理論上無理がある。

そこでドイツ派遣法に目を転じると、ドイツ法では派遣元に対して厳格な使用者責任と危険負担を課している。形式的な労働契約が結ばれている場合も、実質的な労働契約が結ばれている場合も両者間に労働契約が存在しているという点では同じであるが、ドイツ派遣法が要請する労働契約は後者であると考えられている。具体的にはドイツ派遣法は、派遣元が通常の使用者責任を回避するか（1条2項）、または使用者リスクを負わなかったときは（3条1項3号）派遣元は派遣ではなく、職業紹介を営んだと推定する旨の規定を有している。この事実は、派遣元と派遣労働者間に単に形式的に労働契約が締結されていれば派遣となるとの判断を否定するもので、労働契約の本質から使用者責任を使用者は負担する義務があることを規定している。わが国派遣法には当該規定は存在しないが、労働契約については両国とも共通の本質を有しており、労働契約が派遣元と派遣労働者との間で成立しているか否かの判断基準として、派遣元が使用者責任を負いかつ使用者としての危険負担を負い得るのが労働契約存否の判断基準となろう。したがって、違法派遣が職業紹介と判断される場合も多々存するであろう。たとえば登録型派遣や派遣先による事前面接・特定行為に際しては派遣元が労働契約上の雇主として行為したのではなく、単に求職者を派遣先の要望に応え、派遣先に引き合わせ、派遣先が決定する場合には、

職業紹介に該当する可能性の方が高いといえよう。しかし氏は、これらの場合にも当該派遣を職業紹介という視点からは論じていない（245頁以下）。氏は事前面接は採用行為との見解を展開されているが、その際に派遣元が果たす役割については言及されておらず、派遣先についてのみ検討されているが、唯一の契約上の使用者である派遣元という視点からの言及が必要であろう。

## （2）派遣労働関係における派遣先の使用者責任の追及

派遣と労働者供給との区別については、氏は積極的に言及されておらず、労働者供給のうち派遣法による要件を充たしたものを派遣法上の派遣として派遣法は労働者供給から除外し法認したと述べるにすぎず、その要件とは何かについては派遣元と派遣労働者との間に労働契約が結ばれているとの支配的見解に疑問を呈されているが、それでは自らどう考えるのかについての見解は積極的に展開されていない。そのこととも関連するのか、2015年改正派遣法により導入された「許可制」の導入についての評価は述べておらず、わずかに許可制が導入されたとの事実を述べているにすぎない（62頁）。しかし、すべての派遣元に許可の取得を義務づけるということは、派遣労働関係の本質を考える上には極めて重要な法改正といわなければならない。わが国派遣法においても派遣元が唯一派遣労働者と労働契約を結び雇主である旨規定されているのであるから、派遣元は労働契約上の使用者たり得る実態、すなわち、使用者としての使用者責任および危険負担を負い得ることが出来なければ、「雇用」と「使用」が分離した労働関係において就労する派遣労働者の保護が図られない。したがって、真に労働契約上の使用者たり得ると当局により認められた派遣元のみが業としての派遣を営むことができると考えられることから、許可保持者は、労働契約上の使用者責任を負い得る実態を有した派遣元であるということの意味するのである。ドイツでは派遣法制定当初から、上記の考えに基づき一貫して許可制を導入しており、その意味でもわが国の15年改正は遅ればせながら、派遣に際しては使用者としての実態と使用者責任を負い得る派遣元のみが業としての派遣を行なうことができる、ということ派遣法が明確化したといえる法改正であるにもかかわらず、氏がこの点について

言及されないことは、派遣労働関係の解明、すなわち労働者供給と派遣とを区別する判断基準の解明という点からは疑問が残るところである。

現にドイツ派遣法は1条2項において、派遣元が使用者責任を果たさない場合や派遣期間の上限規制を遵守しなかった場合には、職業紹介を行ったと推定する旨の規定を有している。換言すれば、派遣許可は派遣労働関係成立にとって決定的な要件であることを意味している。日独両派遣法で必ずしも同じ内容でなければならぬわけではないが、許可制度は派遣労働の本質にかかわるものであるだけに、ドイツ法の考えが参考になるといえよう。しかし、氏は労働契約上の使用者である派遣元の使用者適格および使用者責任について、労働者供給における供給元との違いに言及されない。氏は、派遣は派遣法によって創設された概念だとされるが、派遣により発生する労働関係は「直用原則」と抵触するのであるから、何故派遣労働関係の存在が正当化されるのか、労働者供給と何が違うのかについての解明なしに、違法派遣＝労働者供給で、その際に派遣先と派遣労働者との間に黙示の労働契約が成立するという結論が導き出されるのであろうか、説明が必要と思われる。

ところで、違法派遣＝労働者供給とした場合、労働者供給は違法性が強い故に供給元のみではなく供給先も罰せられるのであるが、このように違法性が強い労務供給形態であることが職安法上も明確であるにもかかわらず、違法派遣に際しては何故供給元と労働者との間の労働契約および供給元と供給先との間の労働者供給契約を無効とされないのであろうか。出向の場合は合法と考えられているので、二重の労働契約関係が成立すると考えることに問題はないが、法律で禁止された労働者供給に該当する契約関係が有効と考えることは、職安法の立法趣旨とも反すると考えられ、この点についての合理的な説明が求められるところである（77頁）。

ドイツ法には職安法や労働者供給に該当する法概念は存在しないが、違法派遣（＝無許可派遣）に際しては、派遣元と派遣労働者との間の労働契約および派遣元と派遣先との間の労働者派遣契約が原則として無効となり（9条1項）、派遣労働者の保護を目的として派遣労働者と派遣先との間に擬制労働関係の成立を認める法規定（10条1項）が存在する。擬制労働関係制度は派遣法により派遣労働者の保護目的で創設されたものであり、労働契約によって成立するものではないから、わが国派遣法40条の6の

ように派遣先による労働契約申込「みなし」規定とは性格が異なる法制度である。いずれにせよ、ドイツ法においても違法派遣はその存在自体が許されないものとして、労働者派遣契約および労働契約を無効とする法規定をおいているのであるから、日本とドイツでは事情が異なるとはいえ、派遣法により創設された派遣労働関係は、「雇用」と「使用」が分離した労働関係であり、不安定な身分に置かれている派遣労働者の保護が強く求められるという点で相違ないのであるから、違法派遣＝労働者供給との判断に際してなお、各契約が有効と主張するのであれば、その根拠が求められよう。

派遣法により法の要件を充たした労働者供給については派遣として認められるという点で、氏も同様の見解であるから、違法派遣＝労働者供給という立場であれば、労働者供給という労務供給形態は、労基法6条および職安法4条違反であり、供給元および供給先共に可罰される強い違法性を有して当該労働関係に入ることからも、直ちに無効とすべきところ、氏が当該各契約関係を無効とする必要はなく、二重の労働契約が存在しても問題ないとされる点は理解できないところである。中間搾取形態である労働者供給が何故その成立が認められるとされるのであろうか。

なお氏は、派遣を労働者供給のうちから派遣法の要件を充たしたものを派遣として法認されたと解されており、本書においては違法派遣に際して違法派遣＝労働者供給の場合しか論じておられないが、違法派遣の中には派遣元が雇主としての実態を有しておらず使用者責任や使用者としての危険負担を負えず、派遣労働者に対して使用者としての実質を有しておらず、単に賃金を派遣先に代わって支払っているだけで、派遣労働者を支配下においてさえいない場合には、派遣元は職業紹介を行なったと考えられる場合もあろう。典型的な事例としては、派遣先による派遣労働者の事前面接・特定行為を上げることが出来よう。労働者の採用に際して派遣元ではなく、派遣先が主導的役割を果たし、実際に当該派遣労働者が派遣先の下で派遣先の指揮権に服して就労する場合に、派遣元はいかなる意味において労働契約上の使用者＝雇主としての役割を果たしたのか。またこれを労働者供給というためには、派遣元は派遣労働者をその支配下に置いていなければならないが、前近代的労働関係においてでなければ支配下に置くということは現実的ではなく、むしろ派遣元は労働者を派遣先に紹介したとみるこ

とが適切だと考えられる。しかし氏は本書において、事前面接・特定行為に際しても労働者供給とされ、派遣先と派遣労働者との間に黙示の労働契約の成立を主張され、職業紹介の可能性については言及されていないことに對し疑問が残る。

### (3) 多重派遣に際してのエンドユーザーの使用者責任

氏の派遣先の使用者責任を追及する姿勢は、多重派遣に際しての派遣労働者とエンドユーザーとの関係に関する理論に端的に現れている（77頁以下）。派遣には派遣労働者、派遣元および派遣先の三者関係だけではなく、派遣労働者とエンドユーザーとの間に複数の派遣元（1次派遣先・2次派遣先等々）が介在し（中間介在者）、派遣・請負・出向等の形態が考えられるが、中間介在者は自ら雇用していない労働者をエンドユーザーの使用に供することになる点を重視し、たとえ彼らが派遣許可を有しているか否か、労働者と中間介在者との間に労働契約が存在するか否かに拘わらず、その実態に即して労働者供給であると同時に違法派遣であり、エンドユーザーとの間に労働契約の成立を認める見解を示しているが、これは派遣先の使用者責任の追及という視点から派遣労働者の現実的保護を目的とした注目すべき見解といえよう。

他方、多重派遣については、ドイツ派遣法では2017年4月1日より派遣労働者として労働者を派遣することおよび受け入れることは、派遣元と派遣労働者との間に労働関係（労働関係は労働契約により成立するので、労働契約関係と同義であるが、ドイツでは労働関係と言う表現を使用するのが一般的で、条文においてもこの表現が使用されている）が成立している限りでのみ許されており（1条1項3文）、同規定違反の派遣元による派遣、1条1項1文違反の無許可派遣、同5文違反（派遣労働者を派遣するか、またはその就労に先立ち派遣元と派遣先が派遣労働者の派遣を両者間の労働者派遣契約において労働者派遣と明示する義務）および同6文（派遣に先立ち派遣元と派遣先は労働者派遣契約で派遣労働者を特定する義務）または同条1b項（18か月の派遣上限期間）に際しては9条1号ないし1b号および10条1項が準用される（10a条）ことにより、1条1項3文違反の多重派遣に際しては派遣労働契約および労働者派遣契約の無効、

さらに派遣労働者とエンドユーザーとの間に擬制労働関係が成立する旨、派遣法上も明文化されている。ドイツ派遣法は、労働契約上の使用者である派遣元の使用者責任の徹底追及という視点から、多重派遣の禁止を明文化したのであるが、これに対しわが国の派遣法には 10a 条に該当する規定は存在しないが、派遣先の使用者責任の追及という視点から多重派遣を違法派遣とし、派遣労働者とエンドユーザーとの間に労働契約の存在を認める氏の理論は、派遣労働者の保護および直用原則という視点からも注目すべき理論的試みであるといえよう。

#### 4 さいごに

本書は 378 頁に及ぶ大著で、わが国派遣法の研究書として極めて示唆に富む内容となっている。特に「直用原則」を労働法の基本原則ととらえその視点から間接雇用である「雇用」と「使用」が分離した派遣労働関係を論じている。そこに貫徹する理念は実際の使用者である派遣先の使用者責任の追及という点である。今後「直用原則」と派遣労働関係との関係をどうとらえるかについて、氏によるさらなる検討が望まれると同時に、派遣労働関係の本質について改めて検討する必要性を痛感させる著書であり、広く読まれ、今一度「直用原則」と派遣をめぐる議論が活発化することが望まれる。